

講 演

明治の法律と法律學

【承前】

法學博士 穗 積 重 遠

此民法斷行延期の論争が、面白いことには我國にあつただけでなく、我民法編纂の際の模範となつた、ドイツの民法についても同じ争が起つたのであります。そこでドイツの方の事も一寸簡單に申しますが、ナポレオンの爲にドイツは一旦ひどい目に逢つたが、やツとのことでドイツ側の聯合軍が千八百十四年にナポレオンをライプチヒで破つて、フランス軍は自國を指して敗退し、聯合軍が追撃してフランスに攻込むと云ふドイツ與國の時機にフランス國境に近いハイデルベルヒの大學にテイボーといふ法律學者がありました。此人がフランス軍が其地方を通つて自國內に逃込む其後を追つて聯合軍が進軍する、其勇ましい進軍喇叭を聴きながら、愛國的の感情に充滿した一つの論文を書いたのであります。『ドイツ國統一民法典の必要』と云ふ標題で今までドイツがナポレオンの爲に斯んなにひどい目に逢つたのは結局ドイツに統一がなかつたからで、やツと今聯合して力を協せれば強敵ナポレオンを追拂ふことが出來た、

ドイツ國民が一体になるのが何より大事だ、國民が一体になるには國民の生活を統一しなければならぬ、國民の生活を統一するには吾々の日常生活の基礎たる民法を統一しなければならぬ、故に此機會にドイツ全國の爲めの統一的民法典を造らねばならぬといふ論文であります。さう云ふ際のさう云ふ論文でありますから、是が全國に共鳴を起して將に其實行に着手されんとする勢ひであつた。ところが其時にベルリン大學に有力なザビニーといふ教授がりました。是がテイポールの論文に對する反對論文を發表した。其標題は『立法及び法律學の現代の任務』といふのであります。其論は法律といふものは一朝一夕に出来るものではない、仕立屋が着物を拵へるやうにいきなり缺と針で出来るものではない、法律は造るべきものではない、成るべきものだ、即ち國民精神の發現として自然に出来るべきものであるから法律を拵へてそれで國民精神を統一しようといふのは、まるであべこべである、それは丁度字引を拵へてそれで國語を統一しようといふのと同じことである、國語が統一された所で始めてそれを整理し組織を立てて字引が出来る、字引から先きに拵へて國語が統一されるものではない。それと同じく國民の生活も法律を造つて統一さるべきでない、國民の生活が統一された後法律となるべきものであると云ふのであります。此ザビニーはテイポールより又一段上の學者でありますから、其文章といひ論旨といひ更に一層堂堂たるもので、折角のテイポールの議論もそれに壓倒されてしまつたが、併し全然沙汰止みになつたのではないのであつて、それでは一つ法律學を盛んにしよう各地方の大學で益々法律を講じ、それから約八十年間の調査研究を積んだ末、愈々千八百九十六年にドイツ民法典が出来上り、それが千九百一年

一月一日即ち第二十世紀の劈頭から實施されることになつた、それが今日のドイツ民法典であります。このドイツに於ける所謂法典爭議が日本に於けるそれと丁度同じである。どういふ點が同じかといふと、例の江藤新平がフランス民法を我民法にしようといふ考、是は法律學の方から申しますと自然法派といふ法律學派の考へ方であります。其考へ方に依ると、法律といふものは人間の性質の自然に基くものである、而して人間なるものはドイツ人であらうがフランス人であらうが日本人であらうが皆同じ人間である、故にフランスの人に適當な法律ならば日本人に適當でない筈はない、善い法律ならば古今を通じ東西に亘つて善い法律でなくてはならぬ筈である、斯ういふ根本の考である。それ故江藤新平がフランスといふ字を日本といふ字と換へればそれで宜いといつたのも決して唯亂暴のみではなく大に根據があるのであります。殊に先きに申しました通り、民法は人間の性質を元にした即ち人間として經濟生活をし又親族的生活をする方面の法規でありますから、殊に人類一般に對する共通性が強いのであります。此自然法論に對して反對したのは歴史派といふ考へ方であります。即ちザビニーがいつたやうに、法律は成るべきもので人間の頭腦で造るべきでない、自然に出來上つて來るものである、各國歴史の結果として現れて來るもので、歴史の結果として國民精神があつて其國民精神に依て現れて來るのが其國の法律である。斯ういふ考へ方も洵に尤もな考へ方で、我國の法典爭議に於ける延期派の考も結局それでありませう。兎に角さういふ二つの一寸見ると非常に矛盾した考、而して兩方とも尤もな考へ方が法律學

者の中に對立して居るのであります。或時代には自然法派の方が勢があり或時代には歴史派の方が勢があるといふことになるのですが、それがドイツに於て一度衝突し日本に於ても一度衝突した。而して先づ自然法派の議論が負けて歴史派の議論が勝つたが、結局は自然法派の主張が實現することになつたといふ點も同一である。唯だドイツでは愈々民法典の起草に着手するといふことになつてからも二十年も大勢の學者が掛つてやつたと云ふ點が違ふのであつて、日本でも十分緩くり外國の立法例も日本の制度慣習も調べて念入りに拵へなければならなかつたのであります。さうゆつくりして居られない事情があつたのであります。

元來何故江藤新平など明治の初めの政治家が早く民法を拵へたいと考へたかといふと、大體三つ動機がある。先づ第一に王政維新の實を擧げたい、即ち今まで徳川幕府のやつたことを改めて何事も新にしなければならぬといふので、そこで茲に新しい而かも舊幕時代の法律のやうに各地方區々の法律でない全國統一の法律を造りたいと云ふのが一つの動機、第二には他の諸國の進んだ文明に我國も早く追つかなければならぬといふことが其當時の人々の考で、そこで諸外國は民法を有つて居るから吾々も外國の有つて居るやうな民法を有りたいといふのが一つの動機、第三に其動機を關聯して更に具體的なのが即ち條約改正であります。條約改正のことを長く申上げて居りますと時間が掛りますから簡畧に申します。要するに日本に段々外國人がやつて來る、何か問題が起つた時に外國人を日本の裁判所で裁判しよ

うといふと、それは條約上出来ないことになつて居る。フランス人ならばフランスの領事が裁判をし、イギリス人ならばイギリスの領事が裁判をする、日本の裁判官には裁判権がない。即ち領事裁判権の制度で、外國人は我國内に居りながら所謂治外法權を有して居たのであります。これは日本の國家の体面からも頗る面白からぬことであるから、どうか其條約を改正して貰ひたいと諸外國に迫ると、けれども貴國にはまだ充分な法律が無い、民法さへ出来て居ないではないか、それでは吾々は安心して治外法權を撤廢して貴國裁判官の御厄介になることは出来ない、先づ民法其他の法律が出来てからの御話にしませうと斯ういつて斷られる。それでは早く民法を拵へると一時は外務省で民法編纂の仕事をやつたと云ふ程急いなのであります。即ちさう云ふ外交上の理由から、學者としては緩く研究して拵へなかつたのがさういふ譯に行かなかつたと云ふ事情があつたのであります。併し兎も角もそれに關係した人々の非常な骨折で驚くべき短時日に千四百十六條の大法律を拵へたのでありまして其手際、其骨折は敬服すべきであります、其代り幾らか拙速といふ嫌ひは免れない。十分諸方面を取調べる事が出来ず、結局目の前にフランス民法、ドイツ民法といふものがある爲にどうしても其模倣をするといふことになつてしまつたのであります。

斯くして明治三十一年にさういふ大法律が出来まして、是が今日吾々の日常生活を支配して居るもので、勿論非常に役に立つて居る。今日經濟生活が是だけ盛んに動いて居るのは、民法があり其民法の下に更

に商法といふ法律があつて、取引を規律して居るからであります。親族生活の方面についても同様に云ひ得ませう。併しまだ其處に物足りぬものがあります。どういふ點が物足りぬかといふと、此民法は明治三十一年に出來たものであります。それ故明治三十一年の法律としては或はこれで宜かつたか知れませぬが、其後既に二十何年間を經過して居る。此二十何年間は普通の二十何年ではない、世界全体としても非常な二十何年であり、我國については殊にさうである。世の中の有様が違ひ、人間の考が違ひ萬事非常な變遷であります。そこで法律學の方でも其間に段々色々な考が生じて來た。即ち前申した通りに一方には自然法派といふものがあつて法律は何處を通じても古今東西同じだと主張し他方歴史派は法律は各國違ふべきものだといふ、さういふ二つの派が對立して居たのでありますが、其二つの派の考がそれ／＼時勢に合はぬ所が生じて來たのであります。歴史派は各國の事情が違ふといふが、それが段々近付いて來た。殊に經濟上に於ては世界全体が一團として共同生活をせねばならぬといふことになつて來た所から、段々と各國の法律が違はなくなる。違はない方が宜くなつて來るのであります。さればといつて自然法派のいふやうな、善い法律ならば古今を通じ東西に亘つて善い法律であるべきだといふ考は、半分正しくて半分正しくない。即ち今申した通り東西を通ずるといふことは正しくなつて來た。其代り古今を通じて正しい法律と云ふことは益々むづかしくなつて來た。昔は宜かつたか知れぬが今日の時勢には合はないと云ふことは益々著しくなつて來た。即ち今までの歴史派の儘でもいけず自然法派の

儘でもいけない。茲で又一つ新たな學派が起つて來たのが假に新自然法派といふものであります。是にも色々細かな色分けがありますが、其新自然法派なるものに依ると法律なるものは時代々々に應じて違ふものである。是は歴史派の考に大分似て居る。けれども土地の方からいふと國が違ふからといつて法律がさうく違ふべきものではない同じ時代ならば何處の國でも法律は同じになつて行くのだ、其標準は何かといふと、人間の自然といふものだ、唯人間の自然が時代々々に依て段々違ふから時代々々に依て法律は違ふが、場所によつては法律は違はぬといふことに段々向いて行く。前の自然派のやうに法律は變らないものとはいはぬ、法律は變るけれども各國が勝手に變へるのではなくして人間の自然に基いて法律は變つて行くものである、さうして同じ時代を取つて見ると世界の法律が段々同じやうな内容になつて行くのであつてそれが實際方面から非常に必要になつて來る。殊に商賣取引の上から不自由な點をいへば、吾々が外國に旅行して一番不便を感ずるのは金が違ふことである。一々兩換をするのが面倒でもあり、其度に損をする。それと同じく一般の商賣取引でも、ロンドンの商人と東京の商人がパリで取引をする、其場合にイギリスの商法を當辨むべきか、フランスの商法を當辨むべきか、日本の商法を當辨むべきか、而して國によつて其商法がそれぞれ違ふ。もし日本の商法もフランスの商法もイギリスの商法も内容が同じだといふことになれば頗る好都合である。既に今日手形などに就てはそれが問題になつて居りますが、もつと根本的に商法民法其ものを世界中同一内容にしようぢやないかといふ運動が

起つて來て居るのでありまして、それを「世界法運動」と云ひます。さう云ふ方面から見ても、又日本國內の事情の變化から見ても、明治三十一年に出來た民法が此儘で將來行はれて行くものとは考へられない、段々變へて行かなければならぬ立場にあるのであります。

更に現行の民法が法律思想の上からどういふ位置にあるものかといひますと、法律には昔は「何々すべし」「何々すべからず」と云ふ命令本位のものが多かつたのであります。即ち義務本位の法律でありませんが、それが一轉して權利本位の法律となつた。「何々すべし」といふのが「何々することを得」と云ふ文體に變つた。金を借りたら返すべしといふのを金を貸した者は返金の請求をすることを得と書く様になつた。それがフランス民法の躰度であります。さう改まつた其經緯を申上げて居ると長くなりますが、詰りフランス革命思想の結果でありまして、個人は貴いものだ、個人の意思は保護すべきものだといふ方を基礎にしますから、個人は斯ういふことを主張することが出来るといふ權利本位の法律になるのであります。其フランス民法からドイツ民法我民法となつたのでありますが、いづれも皆第十九世紀式權利本位の法律であります。ところが其考が近頃になつて又段々變つて來たのであります。再び義務本位といふ方に向つて行く傾向があります。法律は個人に權利を與へるが、權利を與へること其事が法律の目的ではないのであつて、法律なるものは結局共同生活を圓滿にする爲だ、それには銘々勝手なことをしてはいけないといふので、一旦權利本位になつた法律が今度は義務本位になつて行く傾があります。



併ながら昔の義務本位と今日の義務本位とは違ふので、昔の義務本位は唯強いものに抑へられて盲従した義務本位である。今日の法律のは自覺的義務本位とでも申しませうか、成程自分一人の生活ではない、皆が一緒の生活であるといふことを銘々が覺つて、それでは自分の行動を制限しなければいけないといふことに氣が付いて来る。さう氣が付くには先づ以て權利を自覺しなければならぬ、初めの盲従的義務本位から權利本位に進んだのはそれが當然の進歩の筋途で、今度は更に當然の進歩として譯の分つた義務本位に這入つて来る、是が法律進化の理想であります。所で今日の民法にはまだく權利本位といふ句ひが強いから、之をもう少し義務本位に引直して行かなければならない。今は義務本位權利本位といふ言葉で申しましたが、それをもう一つ引直して考へると、法律は最初國家本位であつた。法律は國家の命令である無理なことでも國家が命令する以上服従せねばならぬと云ふ國家本位である、それがフランス革命以來個人本位の法律になつた。國家本位といふ考から個人本位に移つたことが人類の進歩上間違つたことではない。昔の國家は本當の國家といふものが分つての語ではない、唯力に押へられて居た。そこへ各人が目覺めて自分自身が値打のあるものだと思ふ自覺した、これが所謂個人的自覺でありますけれども、それは本當の徹底した自覺ではない。それをもう一つ考へ抜くと、個人と云ふものは一方から考へると偉い者だが他方から考へると甚だ便りないので、人は萬物の靈長だといふけれども、一人一人立向つては迎も他の動物に敵はぬ、共同生活をし來つたればこそ他の動物を壓倒して今日の様な人

間社會が出来上つたのだ、即ち社會をなして居る所に人間の値打があるのだといふことに氣が付く。言ひ換へれば個人的自覺を通り越して今度は社會的自覺に這入るのであります。それが法律に現れると權利本位義務本位と云ふ個人本位の法律から社會本位の法律にならなければならないのであります。ところで明治の法律はまだ個人本位の法律であつたが、是から後の法律は社會本位に向つて行く傾向があります。それをもう少し具体的に申しますと、第十九世紀の民法即ちフランス民法ドイツ民法それから日本民法には根本に三大原則があるのであります。是はフランス民法から始まつたものであります。日本民法も其影響を受けて居ります。其第一は個人財産尊重の原則、第二は契約自由の原則、第三は自己責任の原則、此三つの原則が第十九世紀の民法の根本思想を成して居るのであります。殊にフランス革命後の民法としてはさうなくてはならなかつたのであります。中世の社會で何が一番困つたかといふと、財産の不安全であつた。敵に奪はれ盜賊に取られるのはまだしも、國家や領主や教會までがむやみに個人の財産を取上げるのは甚だ不當だと云ふ不平がある。さう云ふ不平が積り積つて爆發したのがフランス革命であります。それ故個人の財産權は尊重して貰はなければならぬといふのが第十九世紀の民法の根本思想になつたのであります。是は其當時の民法としては尤もなことで、今日の民法としても是非さうなくてはならぬのであります。何のかんのと申しますけれども、畢竟自分の所有を喜ぶといふのが是は人間の性質でありませう。御承知の通りロシアの過激派の主義は私有財産を無くすることで

ありまして、議論としては成立ちませうが、扱てやつて見ると旨く行かない、元の空阿彌になりさうである。是が人間の性質で、動物でもなく神様でもない所以であります。それ故個人銘々に財産を持たせることが大事には相違ない。唯だ個人の財産権を法律が保護するのは何の爲に保護するかといふ其理由が段々變つて來なければならぬ。即ちフランス民法始め第十九世紀の民法が個人の財産権を保護したのは其個人の爲に保護するのであつた。それ故又其人としては是は己れのコツプだから毀さうとごうしようといふ己れの勝手だといふ考が起る。是は己れの地面だから人は踏込ませないと斯う考へるやうになる。これが私有財産制度を危くする考で、斯う云ふ考へ方をするから他方には私有財産制度は怪しからぬものだといふやうな議論も起つて來ることになる。其考へ方を改めなければならぬ。或人の財産を保護するのは其人個人を保護するのではない、共同生活を保護するのだ。故に仮令其人の財産であるからといつて共同生活を害するやうな用ひ方をすべきでない。仮令自分の地面であつても其地面に外の人は一歩も這入つてはならぬといふことでは、其人の所有權を保護する趣意に反する。或は是は己れの地面だから利用せず捨て、置いても宜しいとはいふべきでない。宅地にするなり、人に貸すなり、畑にするなり、森林にするなりして、自分の爲め又人の爲に役に立つやうに用ひなければならぬ。然るに其人は其地面を寢かして置く、それはこの限りある地球の表面を唯だ遊ばして置く譯で、其人に其土地の所有權を與へた趣旨に反するといふ考が起つて來る。或は是は己れの地面だからどんな高い塀を立て、隣の

日當りを悪くしても構はないといふならばそれは所有權の濫用である。即ち所有權は決して絶對ではない、私有財産制度を永久に續けようとするならば、何の爲に私有財産制度があるかを知つて、權利者自身が適當に自ら制限しなければならぬ、もう一つの問題は、今の民法は財産を保護する、財産を保護するといふことが決して悪いとはいはぬ、けれども財産だけを保護するのは宜くないと云ふ點である。世の中には財産を持つて居る人も持たない人もある。財産を保護するといふと財産を持つて居る人だけを保護することになる。財産を持つて居る者だけを保護することになると、財産を持つて居らない者は益々ひどい目に逢ふ。財産はなくて腕一本で食つて行く人がある。さういふ人も同じく保護されねばならぬ。人が相當の働きをしたならばそれだけ財産が得られるやうに保護しなければならぬ。唯親譲りの財産を持つて居る者のみを保護するのは片手落であつて、財産權の保護がいけないといふのではないけれども、財産權を保護するのみならず人の勞力を保護せねばならぬ。さういふ點に於て明治の法律は甚だ足りない所がある。將來それをどうにかして行かなければならぬ。

第二は契約自由の原則であります。是もフランス民法以下第十九世紀の民法としては是非斯うなければならぬ所であつた。個人が自覺して己れ程わらいものはないと思ふとき、御互ひに自由な人々が自由に契約するのに他の容喙を許さぬと考へるのは寧ろ當然であらう。そこでフランス民法ドイツ民法及び我民法は各人間の契約にはなるべく干渉せぬ方針を採つた。所が其契約自由の原則を貫かうとすると段

段都合の悪い事が生じて来る。例へば爰に工場主が労働者を雇はうとする。十二時間労働で賃銀は五十銭と契約する、之を自由なる契約として民法は是認する。併し其契約が果して自由なるものであらうか。労働者が嫌だと云つて拒絶しても、工場主の側では働き手が一人減つて儲けが少くなるだけのことで謂はゞ損得の問題だが労働者にとつては生死の問題で、自分が喰へないのみならず妻子が喰へない。それ故働く時間が多くて其割には賃銀が少いと思つても、兎に角五十銭なり七十銭なり取らなくては喰へないといふ引け目があるから、已むを得ずそれで承諾する。或は吾々が米を買ふ米屋は相場に通じて居るから充分高い値段を附ける。買手の方では米の値が相當かを知らず又それを知つて居て高いと思つても米屋の方で嫌なら止しなさいと出られると、此方では兎に角此米を買はなければ今日の飯が炊けないから已むを得ず買ふそれが契約の自由であらうか、所謂契約の自由なるものは時に却て眞の契約の自由に反しはしないか。近頃契約自由の制限といふことが問題になつて來たのはそれが爲めである。そこで國家が法律で労働時間を制限し、婦人少年の労働を制限し、最低賃銀を制定し、物價調節を試みるなど、是皆契約自由の制限である吾々民法を研究して居る者から大雜把にいふと今日の社會政策は契約自由の制限であると斯ういつても宜い、即ち契約自由の原則が絶對のものではなくなつて來たのであります。

第三は自己責任の原則についてあります。自分に故意又は過失がなければ責任を負はぬ是は尤も過ぎる程尤もなことであります。昔は一人が罪を犯せば九族連坐して誅せられ又は五人組まで罰せられると

云ふ様なことがあつた。それがフランス革命以來銘々自分が知らないことに就ては責任を負ふといふことではないといふ考になつた。そこで我民法にも其考が非常に強く這入つて居ります。ところが段々近頃になつてそれでは困るといふことになつて來た。例へば自動車が往來で人を轢いた。轢かれた方が轢いた方に對して損害賠償を請求することが出来る。併し轢いた方に過失が無ければ損害賠償責任を負はぬ筈である。ところが調べて見ると轢かれた方が間抜けであつた。運轉手の方は十分氣を付けて規則通り走らせて居たのだ。さうすると損害賠償は取れないといふことに今の民法上ならざるを得ない。併しそれでは可哀想ではないか、天下の往來に危険な自動車を飛ばして平常其便利に浴して居る。其便利だけは受けて其其危険から生じた損害は自分は負擔せぬといふのは不當ではないかといふことが段々考へられて參りました、そこで仮令轢かれた方に過失があらうとも、兎に角自動車側から損害賠償を出す云ふ方に傾いて來ました。更に又自動車側に過失があるとして、誰の過失かと云ふと先づ以て運轉手の過失であらう、乗つて居る人又は持主には過失はあるまい。我民法の規定に依ると、持主が無免許の運轉手を使ひ又は其監督が行届かなければ其の責任を負ふ。即ち矢張り自己責任であつて、過失がなければ責任を負はない、それ故多く自動車事故の場合には運轉手に損害賠償責任があると云ふ理論になる。併し其場合に運轉手には充分損害賠償をする金は無ささうなことであり、又運轉手に出させるのは如何にも氣の毒である。即ちどうかして其自動車の持主から出させたい。ところが今の民法の規定ではそれが出來

ない。又例へば工場で汽罐が破裂した、そこで職工が怪我した、又近所の家が毀れた、誰が責任を負ふか調べて見ると工場主の方では今日の科學上出来るだけの設備はしてある。それにも拘らずそれが破裂した。さういふ場合に現行民法上其工場主には責任がない理論になるが、それではどうも不都合である。さう云ふ破裂の危険ある汽罐を使用して平生利益を收めながら、其危険から生じた損害の責任は負はないといふことはあり得べからざることだ。それ故過失の有無を問はず工場主が損害賠償を出すべきであらう。さういふ所謂無過失損害賠償責任論が段々有力になつて來た。即ち自己責任の原則が絶對でなくなつたのである。要するに第十九世紀式民法の根本原則たる財産權保護、契約自由、及び自己責任と云ふ個人主義的制度に段々と共同生活的色彩が加へられて來たことを注目すべきであります。

次に法律學について少し許り申上ります。民法典が出來ると共に我國の法律學が盛になつた、千四百十六條の大法典を註釋し組織立て、更にドイツ、フランスの母法に遡ると云ふ法律學が盛んになつた。是は洵に結構なことである。併ながら法律學はそれだけのものであるか、唯目の前にある法文を捉へて註釋し分類するのみが法律學であらうかといふことが、近頃になつて疑はれて來た。所謂註釋法律學、概念法律學だけではいけないのぢやないか。民法が出來た時には此大法典さへあれば天下が治まると思つたかも知れない。ナポレオンなどは自分の民法典についてさう思つたに相違ない。所が段々使つて見るとどうもそれだけでは間に合はぬといふことが起つて來る。例へば民法でも刑法でも「物」と云ふ言葉は

有体物の意味に用ひられて居る。ところが其後電氣の問題が起つて非常に困つた。隣の電線へ針金を結び付けて電力を盗用した者があつた。竊盜といふのは物を盗んだものとなつて居て、電氣はエナジーだからそれには當らぬと云ふことになる。其後刑法が改正されて電氣は物と看做すといふことになつたが民法では電氣についての規定はまだ缺けて居る。即ち電氣其他の新しい問題が起る毎に、此民法だけでは段々足りなくなつて来る。況んや其法文の註釋だけでは到底問題を解決し得ません。どうしても法律の根本精神に遡らねばならぬ。法律の目的を考へなければならぬ。而して法律の目的は何かといふと、唯一人々々の生活を保護するのではない、社會全体の生活を圓滿にしようといふのでありますから、法律は社會生活規範の一つといふことに眼を向けねばならぬ。そこで近頃は社會法學といふ研究法が段々起つて來たのであります。さういふ社會法學の見地から見ると民法典がどうも物足らぬ、極端な議論は法典などは唯教科書のやうなものである、吾々はそれを離れて自由に法律を發見すべきであると云ふ所謂自由法論なるものも起つて來た。其議論の當否は別とし、兎に角さういふ論を唱へる人が出て來るといふのは、民法典だけでは間に合はなくなつたといふことが現れて來たのであります。それで吾々今日以後の法律家は唯民法の法文を研究するだけではいけない、活きた法律を研究しなくてはいかぬ、法律家は此實際の世の中の有様を研究しなければいけない。これは常に民法についてのみでなく、我國の法律學が今後進むべき方向であります。



要するに今日我國の法律でどういふ點が一番缺點かといふと、事實と法律とが段々離れて行くといふことなのであります。其最も著しい點を一つだけ申し上げます。吾々に取つて最も大事な制度の一つは婚姻であるが、是が法律上と事實上と非常に違つて居る。即ち吾々は昔から行はれて來て居る三々九度の盃事をするとか、日比谷太神宮で式をするとか、チャーチで結婚式をするとか、それを濟ませば婚姻は成立つたものと思つて居るのでありますが、法律上は役場に婚姻届を出さなければ婚姻は成立せぬ。そこで法律上の夫婦と事實上の夫婦と違つて來るのであります。一方からいふと婚姻届さへあれば其男女は一度も顔を見たこともない者でも夫婦になり得る。是が例のアメリカ移民について問題になつた寫眞結婚であつて、寫眞以外には顔を見たこともない者でも法律上は夫婦となつてしまふ。即ち法律上は夫婦であるが事實上は夫婦でないといふ得る。他方には非常に澤山内縁の夫婦がある。是は風俗上から見ても道徳上から見ても立派な夫婦であるが、法律は婚姻届が出て居ない故を以て之を夫婦と認めない。此事に就ては外の機會に度々申したこともありますから、今日は唯さういふ例もあるといふことにして置きますが、詰り法律といふものだけが他の總てのことから獨立し過ぎてしまつたといふ氣味があるのであります。随つて一方では法律といふものに非常に重きを置き過ぎる法律萬能思想があり、他方には法律を無視する法律否認思想がある。是は兩方とも危険思想と思ふ。法律萬能思想にも積極的と消極的とあります。積極的法律萬能思想は何でも法律でさへ決めれば出來るといふ考へがあります。どうも近

頃子が親を大事にしない、宜しく民法を改正して親の權利を大きくしろといふ。是は本當の法律の領分を辨へない議論で、さうく何でも法律で決めさへすれば出来るといふ譯には行かぬのであります。イギリスは御承知の通り議會に非常に重きを置く所であります。議會は即ち法律を拵へる機關であります。が、イギリスの議會が有力なものだといふことをいふ言葉に、イギリスの議會は男を女となし女を男となすの外爲し得ざることなしと斯う云ひます。これは議會の立法が有力だと云ふ譬であります。反對に議會が無方だといふ意味の言葉にも取れます。即ちイギリスの議會と雖も男を女となし女を男となすことは出来ない、即ち自然を變更し得ないと云ふことになります。法律は非常に有力なものであります。が決して萬能なものではない、法律でさへやれば何でも出来ると思ふのは却て法律を危くする思想であります。斯う云ふ積極的法律萬能思想が一方にあるから、其反動として法律否認思想も起るのであります。消極的法律萬能思想といふのはどういふのかといふと、法律にさへ背かなければ宜いと云ふ考へ方であります。時効といふ制度があります、金を借りて十年経てば返さなくて宜い、法律と道德との關係として面白い問題であつて、法律上はそれに又正當な理由があるのであります。が、道德上の責任までも解除するのではない。然るに金を借りた人が時効を主張して金を返さぬと云ふことを大威張りでやる。斯ういふ法律にさへ觸れなければそれで宜いといふ考が今世の中にある。それが更に進んでは法律を潜る工夫をする。尙に困つたものであります。これ全く法律だけを獨立に考へて法律と道德とどういふ關

係があるかといふことを考へなかつた今までの法律學の罪であるといふべきであります。それは畢竟法律が餘り發達して専門になり過ぎたからでありまして、民法と云ふ兎に角形式上立派なものが出来ましたが、餘り立派な爲に専門的になつて來た。法律學者が其民法を研究するに法律と一般社會との關係、法律と他の道德其他の規則等を十分に注意することをしなくなつた、而して一般民衆は法律を覗いて見ようとしなさいといふのが今日の缺點であります。即ち明治の法律及び法律學は一方には非常に盛んでありましたが、一方には斯ういふ弊害を胎して居るものと云はねばならぬ。明治の政治家法律家のした仕事は勿論無駄なことではない、形式を此處まで築き上げたのは明治の政治家法律家の力でありませんが、是から此形式を活かして働かさなければならぬ。即ち此際特に大事なことは、法律と一般民衆一般社會とを結付けることで、即ち法律の方から民衆の方に近寄り、民衆の方から法律の方に近寄る、仮に言葉を立てて見れば、民衆の法律化、法律の民衆化といふことにならなければならぬ。即ち各々が是は自分達の共同生活の爲めの法律であるぞといふことを考へるやうにならなければならぬ。唯法律があるからそれに觸れないやうにすれば宜いといふのではない。孔子も餘り法律づくめにするに「民免而無耻」といふことになるぞと誠に居られますが、誠に至言であります。

而して民衆が本當に自分達の御互ひの共同生活の爲の法律だといふことを考へる様になる爲めには、即ち法律を民衆化する爲には、法律をもツと美しいものにしなければいけない。今まで法律なるものは

殺風景なもの、法律家といふものは甚だ無稽な者と相場がきまつて居たのが、それが根本の間違ひである。さうなつたのが明治の法律及び法律學の缺點でありますから、法律を美化するといふことが是から後の大事な仕事であると思ふ。而してむづかしい仕事でありますが、どうかしてさうしなければならぬ。我々一身について見ても、美しくなるには先づ形を美しくしなければならぬ。けれども形を美しくするばかりでは足りない、心が美しくなくてはならぬ。形式と精神と兩方美しくしなければならぬ。法律に就ても先づ一形式を美しくし他方内容を美しくする。形式を美しくするのは何であるか、法律の文章をもツと美しいものにしなければならぬ。今の法律文なるものは法律家の爲のもので一般の人の爲に書かれて居ない。法律が唯だ法律家の爲めのものであるならばそれも宜からう。例へば醫者はむづかしい言葉を使つて居る。醫者の言葉はラテン語、ドイツ語又漢語である。私はそれはそれで宜いのだと思ふ。醫者の言葉は患者には分らない方が宜い。専門語の方が宜い。けれども法律語は専門語ではいけない、民衆に分らなくてはいけない。法律語を通俗語にすることが是が今日の急務である。此點に於て明治の初めの法律は非常に民衆的であつた。勿論其法律の内容に就ては色々缺點がありますが、言葉は其當時の言葉で、「何々候事」といふ通用語で書いてあつたものであるが、それが何時の間にか専門法律語になつてしまつた。明治の初めに斯う云ふ面曰い法律があります。明治五年の太政官布告の第二〇九號といふのに船燈規則といふのがある。それが改正されて明治七年の太政官布告第五號として海上衝突豫防

規則となりました。法令全書の明治七年の所を御覽になると初めの方にあります。面白いことには第一平假名で書いてあります。今日の法律は片假名で書きますが、是は理論ぢやありませんが、平假名の方が何やら親み易い。平假名で書いてあるといふことが第一に注目すべきことである。次に此海上衝突豫防規則には假名が附いて居ります。漢語の右に読み方の假名が附いて居つて左には説明的の假名が附いて居る。例へば標題にも右方には「かいじやうしようどつよばうきそく」となつて左方には「うみのうへつきあたりようじんのきまり」とあります。律律の全文がさう云ふ風になつて居る。何故海上衝突豫防規則をさうしたかといふと、詰り漁師にも分るやうにと云ふのであります。實に面白いことには最後に歌が載せてある。法令全書の中に歌があるのは實に珍らしい。

大船にともすともしび上は白

みぎはみどりに左くれない

斯ういふ歌であつて、第何條、檣頭白燈、右舷綠燈、左舷赤燈といふのでは覺わにくいから、歌で示したのであります。さうして「此歌を暗記し置くへし。但しみぎのみの字はみどりのみの字なれば覺わ易し。又英亞等にては「ボートワイン」の赤酒は赤しといふことを記憶すべしと云へり。是れ左舷と「ボートワイン」の語よく對して共に赤きを以てなり」と云ふ説明まで附いて居る。斯ういふ法律文を今起草したら忽ち法制局で叱られるでありませうが、私は是が本當の法律であると思ふ。斯う親切に書くの

が本當の法律であると思ふ。己れ達に分れば宜いといふやうな書き方は法律の本質に反する。私の理想は法文を口語体にするのである。憲法などが口語体では威嚴がないと云ふ人もありますが、勿論威嚴ある口語体の書き方を研究する必要もあります。併し眞の威嚴は形に存せずして内容から出るのであります。然らば法律の内容を美しくするにはどうするかといふと、其内容が常識的道德的に成程と肯かれるやうにしなければならぬ。即ち民衆を法律に近づけようとするには、法律の形と内容を美しくして自ら民衆に近付かなければならぬ。即ち言換へて見ればもつと法律を人間らしくしなければならぬ、法律に人間味を入れなければならぬ。それが是から後の仕事であると思ふ。是から後の仕事は、例へば政治にしても皆に能く分る政治でなければならぬ、皆が成程と感服するのでなければならぬ。唯だ無闇に抑へ付けて何だか分らぬが従ふといふことでなく、皆が納得して従ふのでなければいけない。立憲政治は納得政治でなくてはならぬ。普通選挙、陪審制度等が問題になつて居ますが、此兩制度にもそれぞれ缺點弊害がありませう。併し政治をし裁判をするのに皆を成程と納得させる制度なるが故に私は此兩制度に賛成するのであります。法律も又皆を成程と思はせるやうに形に於ても内容に於てもなつて行かなければならぬ。そこで本當に生活が法律化して法律が生活化して、法律と生活とがびつたり圓滿に一致融合するのであります。明治の時代なるものが立派な時代であつたことは是は申すまでもないこととであります。併ながら明治の時代に築いた新日本を是から後永久に續けなければならぬ。唯續けるの

ではない、之を發展させなければならぬ。して見れば明治の五十年は本當の創業時代で是から後の時代が完成時代である。此明治の初めのごたくの際にあれだけの本を拵へた我々の父祖の功等に對しても、それを是から發展させて行く我々の重い責任がある。法律及び法律學の方面に於て特に私は其事を考へて居ますが、是は法律と法律學のことばかりでない、明治時代に築き上げたものを今後に完成するのが眞に明治聖天子の御理想に副ひ奉る所以である。どうか我國を立派な日本國にしたい。唯だ無闇に強くだけなつて世界各國を征服するのが立派な日本國ではない、世界の平和が此國の御蔭で保てるといふ立派な日本國を築き上げたい。それには先づ日本國內部の共同生活を圓滿にせねばならぬ。其爲には法律を善くしなければならぬ。併し勿論法律だけで天下を治めようなどいふことは非常な大間違であります。法律は平天下の一要件たるに過ぎませぬが、法律方面だけでも爲すべき仕事は山程あります。御互に其分担方面を勉強致しませう。此明治聖徳記念學會に於かれまして明治時代のことを十分研究なされるのは至極結構なことであります。それを本として更に折角明治の大創業を今後に完成するといふことに御盡しになることを祈るのであります。(完)

曉 山 雲

水 説

横雲の富士や茜さす初日影

曉山雲

あけそむる神路の山に雲はたて

星影うつるみたらしの水

フランセス、バーネット夫人

明治天皇祭

みまつりも十たひになりぬ桃山の

みさゝき高くあふきまつらむ

フランセス、バーネット夫人